

Capítulo IV. Sujetos de la L.I.E.	63
24. Contenido y alcance	63
25. Personas físicas extranjeras	65
26. Personas morales extranjeras	67
27. Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica	70
28. Las empresas mexicanas con capital mayoritario extranjero	75
29. La inversión extranjera como forma y como medio de control de empresas mexicanas	78
30. El caso del fideicomiso	83

CAPÍTULO IV

SUJETOS DE LA L.I.E.

24. *Contenido y alcance*

El artículo 2º de la L.I.E. comprende distintos sujetos de la I.E. que, sin embargo, no son los únicos regulados en la legislación sobre la materia; la cual comprende otros, como las personas físicas o jurídicas mexicanas a través de los cuales la I.E. controle empresas y sociedades nacionales (artículos 2º y 8º párrafo segundo), y el caso de los fideicomisos en fronteras y litorales y de aquellos “cuyo objeto sea la realización de actos regulados por esta Ley” (artículo 23 fracción III, ib.).²⁹

En el presente capítulo habré de referirme a los sujetos del artículo 2º y también (*infra* núm. 30) al caso de los fideicomisos, en los que, a pesar de que se constituyan patrimonios separados y de afectación, el sujeto de la L.I.E. es el titular de ellos, o sea, la institución de crédito fiduciaria, que no entra dentro de ninguno de los supuestos del artículo 2º, por no ser extranjera, como requieren las tres primeras fracciones de este precepto, y porque en ella “no participa mayoritariamente capital extranjero”, ni procede que “extranjeros tengan, por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa”; es decir, el manejo de la institución fiduciaria.

Dicho artículo 2º comprende, como ya se ha dicho, tanto a las personas morales como a las físicas. A aquéllas se refieren de manera expresa las fracciones I y II, e implícitamente la fracción IV, en cuanto que en la expresión “empresas mexicanas” se comprenden, principalmente, a sociedades mexicanas. Se trata, pues, en el primer caso, de personas morales extranjeras y en el segundo, de personas morales mexicanas.

A las personas físicas se refiere de manera expresa la fracción II, e implícitamente también la fracción IV, en cuanto que de “las empresas mexicanas” sean titulares empresarios individuales.

²⁹ Estas disposiciones de la L.I.E., se ampliaron en la R.G. núm. 9 dictada por la CNIE el 2 de octubre de 1975. Véase *infra* números 30, 37 y 74.

Tanto las personas morales como las físicas están también comprendidas en las fracciones III y en la IV segunda parte, del artículo 2º. En efecto, de las “unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica”, serán titulares una o varias personas físicas, o una o más personas morales, y en cuanto a la fracción IV, igualmente, un individuo o una persona moral será el titular de la participación mayoritaria de las sociedades mexicanas (socio), o quien tenga por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa.

El artículo 2º, por otra parte, comprende a extranjeros y a mexicanos. A estos, se refiere la fracción IV en cualquiera de sus tres supuestos, o sea, primero, como sociedades; segundo, como socios o asociados de ellas, y tercero, como representantes (en el sentido más amplio del término, es decir, legales y convencionales, directos o indirectos, patentes y ocultos) de intereses extranjeros que tengan el control de empresas y sociedades mexicanas. Y también estaremos ante un sujeto mexicano de la I.E., en el caso de los fideicomisos en que de alguna manera participen extranjeros (véase *infra* núm. 30). A los extranjeros aluden expresamente las tres primeras fracciones, y la IV en los dos últimos supuestos indicados.

Que las “empresas mexicanas” se consideren por el artículo 2º como inversiones extranjeras (*rectius*, inversionistas extranjeros), se explica en función de que, desde un punto de vista económico y político (no jurídico), la nacionalidad de la sociedad dependa de la de su socio (mayoritario) controlador.³⁰ Además, la nacionalidad extranjera del socio controlador, como también de quien tenga u obtenga la facultad de determinar el manejo de la empresa, determina, no ya la nacionalidad de la sociedad o de la empresa, desde el punto de vista jurídico —que seguirán siendo consideradas como mexicanas—, sino la competencia federal para legislar sobre dichas sociedades o empresas (en lo relativo a la situación jurídica del o de los socios extranjeros —artículo 73 fracción X de la Constitución Federal—), pese a que unas y otras no sean mercantiles (*vgl.*, sociedades y asociaciones civiles, sociedad conyugal, empresas agrícolas y ganaderas, talleres de artesanías, etcétera).

Finalmente, los sujetos del artículo 2º, y los titulares de fideicomisos, se distinguen en cuanto a las actividades de I.E. que realicen. Pueden ellas consistir en obligaciones de dar o de hacer. De dar, como en las aportaciones de capitales para suscribir acciones o partes sociales de sociedades mexicanas que se constituyan o que ya estén constituidas (artículos 5º párrafos primero y segundo, y 8º párrafo primero), o prestaciones patrimoniales de cualquier índole (dinero, créditos), para adquirir empresas o

³⁰ Cfr. Bernal Vereza, Carlos, “La nacionalidad como una base legal para la protección diplomática de las sociedades”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 2, núm. 2, 1978, pp. 278 y 288, y la nota 14 con referencia al famoso caso Barcelona Traction.

activos de ellas (artículo 8º párrafo primero), o el derecho de recibir bienes o derechos como beneficiarios de extranjeros (fideicomisarios). Obligaciones de hacer, por servicios que se presten como administradores de sociedades mexicanas, o como representantes —*lato sensu*— de ellas y de fideicomisos y empresas también mexicanas.

Respecto a obligaciones de no hacer (abstenciones), si las asumen sujetos extranjeros, respecto a sociedades y empresas mexicanas de las que forman parte, no constituyen una forma de I.E.; en cambio, si la abstención se realiza por sujetos mexicanos (socios) y ello lleva a conceder el control de las sociedades a la I.E., sí estarían comprendidas en la L.I.E.

En cambio, no están comprendidos en la L.I.E. aquellos sujetos extranjeros cuya actividad (actos jurídicos) consista meramente en recibir frutos (civiles, naturales o industriales, artículos 887 y ss. C. Civ.) de sociedades y empresas mexicanas (intereses, dividendos, utilidades, cosechas, crías, etcétera). No obstante, a virtud, no ya de disposiciones de la Ley, y ni siquiera del Reglamento (R.R.I.E.), sino de una resolución general de la CNIE (por cuya razón tal disposición relativa resulta inconstitucional. Véase *infra* números 68 y 70), como es la número 9 sobre autorización e inscripción de fideicomisos, la adquisición por extranjeros como fideicomisarios, de derechos pecuniarios sobre acciones (dividendos, cuotas de liquidación y los llamados intereses constructivos), o de recibir otros bienes o derechos, sí quedaría comprendida en la regulación de la I.E.

25. *Personas físicas extranjeras*

Aunque el artículo 2º de la L.I.E. trata primero de las personas morales, me referiré en primer lugar a las personas físicas, porque es la persona humana, el hombre, el destinatario de las relaciones jurídicas, el personaje preeminente del derecho y aquel en cuyo interés se organizan y funcionan los grupos, las asociaciones, las sociedades de toda índole, ya sea que se les atribuya personalidad moral propia, o que simplemente se les reconozcan algunas facultades (como sucede en el caso de las “unidades económicas” a que se refiere la fracción III del mismo artículo 2º).

La fracción II habla de “personas físicas extranjeras”. De acuerdo con el artículo 5º de la Ley de Nacionalidad y Naturalización (D.O. 20-I-34), son extranjeros los que no sean mexicanos conforme a las disposiciones de esta ley;³¹ y son mexicanos, a su vez, de acuerdo con esa Ley, artículo 1º, los que nazcan en territorio nacional, sea cual fuere la nacionalidad de los padres (fracción I); los que nazcan en el extranjero de pa-

³¹ Los apátridas, son extranjeros, tanto desde el punto de vista de la L.N. y N., como de la L.I.E.

dres mexicanos, o de padre o madre mexicanos (fracción II), y los que nazcan en embarcaciones o aeronaves mexicanas (fracción III). Y de acuerdo con el artículo 2º, son mexicanos por naturalización quienes obtengan la carta respectiva (fracción I), y el extranjero que contraiga matrimonio con mexicano, o tenga o establezca su domicilio en el país, en el concepto de que la disolución del vínculo matrimonial no hace perder la nacionalidad mexicana al extranjero que así la adquiera (fracción II).

Quienquiera de estos sujetos es mexicano, inclusive la persona a la que corresponda, además de la mexicana, otra nacionalidad; por lo tanto, ellos quedan al margen de las disposiciones de la L.I.E., salvo que actúen como representantes (artículo 31). Obviamente, algunos de esos supuestos de nacionalidad mexicana pueden dar lugar a abusos; por ejemplo, quien nazca en el extranjero de padre o madre mexicanos (artículo 1º fracción II) y permanezca en el extranjero; o el extranjero que adquiera la nacionalidad mexicana por naturalización a virtud de matrimonio con mexicano (aunque el matrimonio se celebre en el extranjero), con tal que tenga su domicilio en territorio nacional (artículo 2º fracción II), aunque resida fuera del país (salvo que esta residencia se prolongue por cinco años o más “en el país de su origen”, artículo 3º fracción III *ib.*); o en fin, el mexicano que por residir en el extranjero (y no por una declaración de voluntad) adquiera nacionalidad extranjera, sin que ello implique la pérdida de la nacionalidad mexicana que ya tenía (por nacimiento o por naturalización), caso éste de doble nacionalidad.

En cualquiera de estos casos, la inversión que la persona hiciera no se consideraría como extranjera, y por tanto, no quedaría comprendida en ninguno de los supuestos del artículo 2º L.I.E. y, sin embargo, si no el texto, sí se violaría el espíritu de la Ley, en cuanto que, en efecto, económica, política, socialmente, esa persona debiera considerarse como extranjera; en consecuencia, se podría dar lugar a un fraude a la ley, que provocaría la nulidad del acto (artículos 8º *in fine* y 28), y la aplicación de las sanciones relativas.

Por otra parte, cuando las personas de nacionalidad mexicana actúan como un medio para que la I.E. controle a sociedades o empresas nacionales, sí se aplicaría la Ley (en los supuestos de los artículos 2º fracción IV *in fine*; 5º párrafo segundo y 8º párrafo segundo).

Lo que sucede es que la atribución de la nacionalidad mexicana para los efectos de la L.N. y N., se da en función de razones y criterios distintos a los que se tuvieron en cuenta por la L.I.E. Para aquella ley, rigen razones no económicas, sino de sangre, de residencia, de parentesco, que llevan a ampliar el concepto del mexicano; en cambio, para la L.I.E. rigen conceptos eminentemente económicos de inversiones o de control de empresas mexicanas, los cuales, tienden a fijar el carácter de la I.E., y de imponer restricciones al extranjero inversionista. Ejemplos claros son, el de las “em-

presas mexicanas” que indica la fracción IV del artículo 2º, que la propia norma considera como una forma de “inversión extranjera” y el del control de una empresa nativa que se tenga a través de una persona física mexicana (*vgr.*, un gerente general que dependa, directa o indirectamente, de un inversionista extranjero).

Ahora bien, del concepto de extranjero que deriva de la L.N. y N., se excluye como inversionista extranjero, para los efectos de la L.I.E., al inmigrado (artículo 6º), salvo respecto a “áreas geográficas o actividades que estén reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, o que sean materia de regulación específica”, y siempre que “no se encuentre vinculado con centros de decisión económica del exterior”.

Por lo que se refiere a las “áreas geográficas”, el artículo 7º L.I.E. se refiere a ellas. Son las llamadas “zonas prohibidas”, que establece el párrafo I del artículo 27 constitucional: en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, ningún extranjero puede adquirir tierras y aguas. Y por lo que toca a actividades reservadas a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, el párrafo segundo del artículo 4º L.I.E. las enumera: a) radio y televisión; b) transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales; c) transportes aéreos y marítimos nacionales, ch) explotación forestal; d) distribución de gas, y e) las demás que fijen las leyes específicas o las disposiciones reglamentarias que expida el ejecutivo federal.

Finalmente, en cuanto a la vinculación del inmigrado con centros de decisión económica del exterior, ella es genérica; cualquiera que sea esa vinculación y cualquiera que sea el acto o negocio jurídico de que dependa, pero debe referirse a la inversión concreta que el inmigrado realice —o en la que intervenga— porque si esa dependencia es ajena a esa inversión, no rige la limitación y el inmigrado seguirá equiparándose al mexicano.

26. *Personas morales extranjeras*

Por interpretación a contrario del artículo 5º L.N. y N., son personas morales de nacionalidad extranjera las que *no* se constituyen conforme a las leyes de la república, y las que *no* tengan en ella su domicilio legal. Es decir, esas personas deben constituirse en el extranjero, conforme a una ley extranjera, o bien, constituirse en México pero establecer su domicilio fuera de México. No se requiere la existencia de los dos hechos, su constitución y su domicilio fuera del país, basta uno de ellos; ni tampoco influye, como debiera, para determinar la nacionalidad de una sociedad, la nacionalidad extranjera que tengan sus socios ni siquiera la de su socio controlador. Jurí-

dicamente se trataría de una sociedad mexicana, pero desde el punto de vista económico y político, sería extranjera (*Bernal Vereza*).

Por otra parte, la redacción del precepto no es feliz, porque no es que esos sujetos se constituyan como personas morales; se constituyen como sociedades, asociaciones, corporaciones públicas, fundaciones, etcétera, y el ordenamiento jurídico, nacional o extranjero, se encarga de atribuirles personalidad propia, en atención a la presencia de elementos y requisitos que el mismo establezca. Lo que pasa es que la L.N. y N. sólo se refiere a las personas físicas o morales, nacionales y extranjeras, y parte del supuesto de que quienes no son personas humanas, deban ser personas morales, para los efectos de quedar comprendidas en su regulación.

La constitución del ente, para que se trate de un inversionista nacional, debe hacerse de acuerdo a las leyes mexicanas: legislación federal, si se trata de sociedades o asociaciones mercantiles; legislación local de las entidades de la Federación (estados y Distrito Federal), si se trata de personas no mercantiles, como las asociaciones, las sociedades civiles y las fundaciones, y por otro lado, el domicilio de esas personas morales debe estar establecido dentro del país, según la ley mexicana que las rijan.

El principio general en cuanto a "domicilio legal", de las personas morales, es el que establece el artículo 33 C. Civ.: "las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración". El contrato social, tratándose de sociedades mercantiles (artículo 6º fracción VI L.S.M.), no así de sociedades civiles (artículo 2693 C. Civ), debe señalar el domicilio de ellas, y en las escrituras relativas suelen indicarse "domicilios convencionales", en el país y en el extranjero, para la celebración o ejecución de actos o negocios que la sociedad celebre. Esta mención es indiferente, la sociedad seguirá considerándose como mexicana, para todos los efectos legales.

Ahora bien, debe considerarse si el atributo de la personalidad es competencia de la ley extranjera, o bien, de la ley mexicana; o de una y de otra indistintamente. Creemos que esto último. En efecto, si el extranjero inversionista se ostenta en México, para realizar la inversión, como una persona moral, se tratará de tal, sin que se requiera acreditar su personalidad en el extranjero, y se aplica entonces esta fracción I del artículo 2º L.I.E., pero si al realizar la inversión, no aparece que sea una persona moral, se aplican las disposiciones de derecho mexicano, no sólo para la atribución de tal personalidad, sino también para que, de no concedérsela nuestro derecho, siga considerándose como de una inversión extranjera (porque el sujeto se constituyó en el extranjero), si bien, no comprendida en la fracción II, sino en la fracción III del artículo 2º; es decir, se trataría de una "unidad económica extranjera sin personalidad jurídica".

Por lo demás, nuestra legislación atribuye personalidad moral en la República a toda sociedad constituida en el extranjero que ejerza aquí el co-

mercio (artículos 250 y 251 L.S.M.), y como cualquier forma de I.E. supone ejercicio de actos de comercio en México, cualquier sociedad extranjera que haga una inversión en el país, se reputa como “persona moral extranjera”. Otros entes extranjeros, no societarios, como pudieran ser los *trusts* la herencia yacente, las fundaciones, las iglesias, se podrían ostentar como personas morales si gozaran de ella en su país de origen, pero aun no reconociéndosela en México (como en el caso de las iglesias, según el artículo 130 constitucional, párrafo 5º), ello es indiferente en cuanto a la aplicación de la L.I.E., porque quedarían comprendidas en la fracción III del artículo 2º como “unidades económicas sin personalidad jurídica”, o dentro del concepto de dependencia del extranjero respecto al manejo de una “empresa” mexicana (artículo 2º fracción IV *in fine*).

Por personas morales extranjeras, para los efectos del artículo 2º fracción I, entendemos, como queda dicho, las constituidas en el extranjero; lo que quiere decir, por un lado, que aunque esas figuras, societarias en su mayor parte, se constituyan exclusiva o mayoritariamente por mexicanos y capitales mexicanos, seguirán siendo personas morales extranjeras; lo determinante para los efectos de esta última nota, sería el lugar de constitución. Por otro lado, no estarían comprendidas en esa fracción I, sociedades constituidas en México exclusiva o mayoritariamente con socios extranjeros: éstas serían “empresas mexicanas” que están reguladas en la fracción IV del mismo artículo 2º.

El alcance de la personalidad moral extranjera es también indiferente. Que ella sea plena, o limitada; que en el extranjero se la niegue a ciertas figuras corporativas (*vgr.*, sociedades personales o sociedades irregulares), o por el contrario, se atribuya a instituciones jurídica a las que en nuestro país no se les reconoce como tales (como en los casos de patrimonios de efectación, o de empresas individuales de responsabilidad limitada, de *trust*, o de “estates”), también son cuestiones intrascendentes, porque si no dentro de la fracción I, caerían dentro de la fracción III. Esta última disposición, como a continuación veremos, es una norma residual, en el sentido de que lo que no quepa en las dos primeras fracciones, en cuanto a inversión de extranjeros, está comprendido y regulado por la fracción III.

Porque, en efecto, en nuestro derecho cabe la graduación de la personalidad jurídica: la máxima o plena corresponde a la persona física (artículo 647 C. Civ.); a las sociedades corresponde personalidad en relación con su finalidad u objeto (artículos 26 C. Civ. y 10 L.S.M.); las sociedades en estado de disolución (artículo 233 L.S.M.), y en liquidación (artículo 244 *ib.*), así como las “empresas” —sociedades— de transporte (artículo 91 L.V.G.C.), tienen una personalidad disminuida, y en fin, gozan de personalidad muy limitada, o más bien dicho, de facultades restringidas, el patrimonio común de la “masa hereditaria” o herencia yacente (artículo 1288 C. Civ.), representada por el albacea (artículo 1706 C. Civ.), la masa ac-

tiva de la quiebra (artículo 175 L.Q.), representada por el síndico (artículo 46 L.Q.), y las unidades económicas a que se refieren la Ley Federal del Trabajo (artículo 16) y la L.I.E. (artículo 2 fracción III).

Por último, es también ajeno a los propósitos y efectos de la L.I.E., el régimen legal a que estén sujetas en su país de origen las personas morales extranjeras. Que tengan o no capacidad para invertir en México, o bien, que al hacerlo excedan su “objeto” (actos *ultra vires*); inclusive, que les estuviera prohibido hacer inversiones en el extranjero o concretamente en nuestro país, y a pesar de ello las hagan, o que las que hicieran tuvieran que ser previamente aprobadas (*e.g.*, porque exista en su país, como en tantos hay, un régimen de control de cambios), y que no lo fueran, todo ello, en nada afectaría la aplicación de la L.I.E., y no impediría ser considerada como extranjera la inversión que se hiciera. Entrarían dentro de las facultades de la CNIE, el analizar esas limitaciones o restricciones, si le fueran conocidas, y negar, condicionar o aprobar la inversión relativa.

27. Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica

La unidad económica (U.E.) es una figura que desde el punto de vista jurídico se distingue por tener una finalidad patrimonial, generalmente de carácter lucrativo, y en la que los bienes y derechos que la constituyen (el “patrimonio común” que indica el artículo 1288 C. Civ. al referirse a la herencia yacente), mantienen cierta vinculación y cierta cohesión para la consecución de tal finalidad.

La figura corresponde a la sociedad mercantil, sólo en cuanto al carácter unitario del patrimonio y la consecución de un fin para la que aquél constituye un medio o instrumento. En cambio, ambas figuras se diferencian esencialmente, en cuanto que la sociedad —genéricamente considerada, es decir, tanto las sociedades civiles como las mercantiles y las asociaciones civiles— es un contrato plurilateral —*universitas personarum*—, del que generalmente surge una persona distinta de la de los socios, y a la que pertenece el patrimonio; en cambio, la U.E. es fundamentalmente un conjunto de bienes (*universitas bonorum*), que entre nosotros nunca constituye una persona jurídica independiente, sino a la que, cuando más, se atribuye una cuasipersonalidad, o más propiamente, ciertas y determinadas facultades.³²

³² El carácter de universalidad de bienes, así como la titularidad de ellos, resaltan en el caso de la quiebra, artículo 204 fracciones I y II, L.Q. La reciente Ley de Fomento Agropecuario (D.O. 2-I-81) crea las “unidades de producción”, que como las U.E., carecen de personalidad, pero se les atribuye “capacidad jurídica para realizar los actos y contratos necesarios para alcanzar sus propósitos”. A diferencia, en cambio, de las U.E. estas U. de P., constituyen agrupaciones o asociaciones de personas (de ejidatarios y pequeños propietarios).

De las semejanzas entre sociedad y U.E., deben hacerse resaltar el carácter unitario del patrimonio y su destino, que consiste en una finalidad económica, que tanto en el caso de las sociedades mercantiles, como de las U.E., normalmente es lucrativa; pero que puede no serlo, en cuanto que unas y otras se constituyan o funcionen para fines benéficos, culturales, deportivos, etcétera.

Para los efectos de la L.I.E., la U.E. extranjera no siempre se distingue por el carácter unificado, jurídicamente hablando, de los bienes que la constituyen. Algunas veces, se trata de figuras que ni siquiera persiguen un fin económico, o que si lo buscan sólo resulta secundario o instrumental de finalidades distintas, espirituales (*vgr.*, las iglesias y agrupaciones religiosas), culturales, deportivas (clubes, comités); otras veces, son instituciones jurídicas como la *community property* (equivalente a nuestra sociedad conyugal) o la *joint property* o la *joint venture* (que equivale a estados de copropiedad), las asociaciones o sociedades sin personalidad, en que el lazo de unión, a veces transitorio, de las cosas que integran el patrimonio, se da más bien por la función de la institución, pero se reconoce a las partes libertad para hacer cesar el vínculo jurídico de unión, ya sea retirándose, como sucede entre nosotros con la copropiedad (artículos 939, C. Civ.), o con las asociaciones (artículo 2680 C. Civ.), o bien, liquidando el negocio social (véanse en nuestro derecho, los artículos 2720 fracción I C. Civ. y 229 fracción III L.S.M.). Para comprender esa naturaleza un tanto proteica de las U.E., en la regulación entre nosotros de la I.E. se repite que la figura constituye una forma de captación de inversiones extranjeras que se hagan en México, que no puedan quedar comprendidas en los otros supuestos del artículo 2º: la inversión que se realice a través de las operaciones que regula la L.I.E., y que no quepa en las fracciones I, II y IV del artículo 2º, habrá de comprenderse dentro del concepto de U.E. de la fracción III.

No obstante, cuando existe la unificación patrimonial y una finalidad o destino (a esta nota se hace referencia en materia de copropiedad, en el artículo 943 C. Civ.), que se otorgue al conjunto unificado de bienes, estaremos en la presencia de la UNIVERSITAS, jurídica —*universitas iuris*— o de hecho —*universitas facti*—, según que la ley las reconozca como patrimonios separados, de los que sus titulares no pueden disponer libremente; o bien, como conjuntos patrimoniales, en los que los bienes que las componen puedan cambiar y sustituirse, a elección de su titular, pero respetándose la finalidad para las que fueron creadas.

Ejemplos de aquélla son el patrimonio de familia (artículos 724 y 3042 fracción II C. Civ.), la herencia yacente (artículo 1288), la masa activa de la quiebra (artículos 15 fracción III, 83, 197 L.Q.). Casos de *universitas facti* son la hacienda o patrimonio de la empresa³³ el patrimonio de afec-

³³ No obstante, en esta universalidad de hecho sí se da la falta de disposición por

tación en el fideicomiso (artículo 351 L.T.O.C.), la fortuna de mar, o sea, el navío, sus pertenencias y sus accesorios (artículos 132 y 107 L.N. y C.M.; este último expresamente indica que se trata de una universalidad de hecho).

Las U.E. carecen de personalidad en nuestro derecho, y el supuesto de la norma que examinamos, artículo 2º fracción III, requiere que no la tengan. Por tanto, si se tratara, en el derecho extranjero (o en el nuestro) de U.E. con personalidad, como es el caso en el derecho alemán de los patrimonios en mano común *Gesellschaft für Gesamthand*, y los patrimonios de afectación, o los *trusts* y *estates* del *common-law*, estarían incluidos en la fracción I del mismo artículo 2º, que comprende a todas las personas morales, ya sea que se trate de figuras corporativas o simplemente patrimoniales. Puede, pues, afirmarse, que para los efectos de la L.I.E., artículo 2º fracción I y III, la estructura jurídica de las personas morales, así como el alcance y el contenido de la personalidad misma, son problemas intrascendentes; lo único que importa es si el inversionista extranjero —que no sea persona física, artículo 2º fracción II— tiene o no personalidad, pero en ambos casos su actividad de inversión en México está regulada en la L.I.E.

Que las U.E. carezcan de personalidad, no implica, como ya se ha dicho, que no sean sujetos de derechos, aunque la regla general es que se adquiere el carácter de sujeto cuando el derecho le reconoce (o le atribuye) personalidad. Tampoco implica que el conjunto de bienes, la *universitas*, no tenga un titular que debe ser una persona (física o jurídica). Las U.E. son sujetos de derecho, en cuanto que están comprendidos en el artículo 2º L.I.E., al lado de las personas (fracciones I y II), y como éstas, pueden realizar inversiones; es decir, pueden celebrar actos y negocios jurídicos regulados por la misma ley. Quién sea el dueño o titular de esas U.E., o el de todos o de algunos de los bienes que forman la universalidad, es cuestión ajena e indiferente para los efectos de la Ley.

La figura de la U.E., que supone un patrimonio, pero no una persona (lo que jurídicamente es posible, pero no lo sería una persona sin patrimonio. Cfr., Amparo Directo 675/56, Cía. de Fianzas Lotonal, S. A., en el Informe de la Suprema Corte de 1963), fue reconocida en México a partir de la L.Q., y posteriormente en la legislación fiscal y laboral. Aquella ley (D.O. 20-IV-43), al referirse a la empresa la consideró como “unidad económica y de destino jurídico” (artículo 204 fracción I), e incluso, tratándose de los establecimientos o sucursales de ella (fracción II), se refirió al mismo concepto unitario en cuanto a su explotación; pero en esa ley no se atribuye facultad o derecho alguno a la unidad económica (empresa), sino que sólo se la considera como uno de los bienes o elementos activos su titular en los casos de quiebra del titular de la empresa, artículos 200 y sigs., en relación con el artículo 83, L.Q.

del fallido que entran a la masa activa de la quiebra, de la que es titular el quebrado y administrador y representante legal, el síndico.

La legislación fiscal y laboral, como disciplinas jurídicas que están profundamente influidas por fenómenos y exigencias de índole económica, regularon las U.E. otorgándoles ciertas facultades y, por tanto, considerándolas como sujetos de esas ramas del derecho.

La L.I.R. de 1954, artículo 125 fracción XII, hablaba expresamente de "unidades económicas sin personalidad jurídica", como lo hace la fracción III del artículo 2º L.I.E. La L.I.R. actual, D.O. 29/XII/80, en lugar de U.E. habla de "establecimientos permanentes" (artículo 2º y 3º), y la L.F.T. habla de la empresa, pero también considerada unitariamente, desde el punto de vista económico.³⁴

Empero, la U.E. a que se refiere la fracción III del artículo 2º no se debe limitar a la negociación o empresa, ni a su patrimonio o hacienda mercantil. Todo fenómeno en que, sin la atribución de personalidad por la ley, se diera la consecución de una finalidad propia y la existencia de un patrimonio autónomo, afectado a esa finalidad, plantearía el supuesto de la U.E. sin personalidad jurídica.

Consecuentemente, no cabe duda que sin ser personas morales, las U.E. pueden ser sujetos de derechos, según lo establecen en forma expresa la L.I.E. y la L.F.T. (y en forma implícita muchas otras disposiciones de varias leyes y códigos), aunque en otros casos no se les atribuye esa nota subjetiva, sino que se las identifica con el patrimonio de la empresa, o con la negociación misma, como sucede en el caso del artículo 228 c) L.T.O.C.

Las diferencias que existen entre un sujeto con personalidad y otro que carezca de ella, ha sido señalado; ahora sólo me permito agregar algunas consideraciones.

El sujeto con personalidad jurídica deviene tal, precisamente porque la Ley le concede ésta, y el efecto de la personalidad es que le correspondan al ente facultades generales; es decir, todos los derechos y las obligaciones que sean propias de su carácter (de personas físicas o de personas morales), salvo las prohibiciones y limitaciones que en forma expresa establezca la Ley. El sujeto sin personalidad, en cambio, también tiene que ser reconocido por el derecho porque, en definitiva, siempre es el Ordenamiento el que otorga personalidad y el que establece quiénes son sujetos de derecho; pero sus facultades y atribuciones le conceden expresamente, y sólo en una área limitada (*vgr.*, en los casos de patrimonios de afectación, o de grupos de sociedades), responsabilidades o la legitimación para actuar en juicio; o aún más limitadamente, el derecho de realizar los actos y cele-

³⁴ En el artículo 228 inciso c, que se adicionó a la L.T.O.C., por Decreto publicado en el D.O. del 31-XII-64, se califica como U.E. a "toda clase de empresas industriales y mercantiles" que sean objeto de fideicomiso.

brar los contratos comprendidos en la L.I.E., o los que impliquen ingresos gravados por el impuesto sobre el valor agregado.³⁵ En el primer caso, la atribución de facultades es amplia, y las limitaciones deben ser expresas; en el segundo caso, la atribución es limitada a aquellas facultades que expresamente otorgue la Ley.

Las U.E. extranjeras sin personalidad, cualquiera que ellas sean, como las personas morales, forzosamente harán las inversiones a través de personas físicas. En el caso de las personas morales, se tratará de un representante designado por ellas (representación convencional); en el de los sujetos sin personalidad, el representante frecuentemente es designado por la Ley (representación legal). Pero, no importa quién sea esa persona física, ni los vínculos que la unan con la U.E.: en cuanto que aparezca que algún mexicano o extranjero obra por cuenta de un “interés extranjero”, se debe aplicar la L.I.E., y en consecuencia, ese *interés*, ya sea que se manifieste a través del obrar de una persona, o de la constitución de una institución o figura distinta, podrá manifestarse en la suscripción de acciones o partes de sociedades, en la adquisición o arrendamiento de empresas, etcétera.

Podría pensarse que la referencia a estos sujetos sin personalidad resulta innecesaria. Que hubiera bastado para cubrir todos los supuestos de I.E. que se comprenden en la L.I.E., que la inversión se hiciera, a nombre propio o ajeno, por alguna de las personas que se indican en las fracciones I, II y IV del artículo 2º; o bien, que se hiciera por cuenta de alguna de ellas y que si en ocasiones resultara difícil precisar y probar la presencia de aquel interés extranjero por cuya cuenta actuase la persona que efectúa la inversión (casos de representación oculta, en que se obra a nombre propio), lo mismo puede pasar en los casos en que esté detrás de ella —pero se mantenga oculto— cualquiera de los sujetos que enumera el artículo 2º. No obstante, casos pueden darse de figuras patrimoniales a las que ni el derecho extranjero ni el nacional consideren como personas (*vgr.*, la sociedad conyugal, la comunidad de bienes, el fideicomiso o el *trust*, o la negociación mercantil), y que puedan hacer inversiones (a través, por ejemplo, de agentes mexicanos); estos casos estarían comprendidos en el supuesto de la fracción III, y no de las otras. Tendría que modificarse la norma para comprender toda inversión procedente de intereses extranjeros, independientemente de la cuestión de la personalidad.

³⁵ En cuanto, directa o indirectamente, expresa o tácitamente, se hable o se imponga responsabilidad a grupos o uniones de personas —*sub specie societatis*— se les está reconociendo capacidad de actuar en juicio, activa y pasivamente, es decir, de ser partes en el proceso, y de que en él obren sus miembros en función del grupo —*uti socii*— y no en lo personal o individualmente; dice Poggeschi, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Milán, 1951, pp. 209 y 199.

28. *Las empresas mexicanas con capital mayoritario extranjero*

La norma (artículo 2º, fracción iv) se refiere a empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero, o en las que los extranjeros tengan por cualquier título la facultad de determinar su manejo. Me referiré primero a la parte inicial de esta fracción iv, para analizar en el siguiente número su parte final.

Pues bien, con la expresión “empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital”, la L.I.E. parece referirse a asociaciones y sociedades solamente; es decir, a contratos o negocios pluripersonales (plurilaterales), aunque el titular de la empresa sea uno de esos entes formados por dos o más personas, en los que, además, éstas integren el capital social mediante sus aportaciones de bienes o derechos; y no parece referirse, en cambio, ni a las empresas no societarias, es decir a aquellas cuyo titular estuviese constituido por una sola persona, ni a esas otras en las que el empresario fuera una asociación carente de capital social; ni tampoco a la empresa o negociación propiamente dicha, o sea, a la organización de los factores económicos de la producción para la oferta de bienes o servicios al mercado. Aquella interpretación restrictiva, se basaría en la referencia que hace la norma a una participación *mayoritaria* en las empresas, que claramente parece indicar participación en el capital social.

Esta interpretación restringida a sociedades, de la primera frase de esta fracción iv, también se fundaría en la estructura de la Ley. Se diría, en efecto, que la mejor demostración de que la norma sólo se refiere a sociedades, deriva, por una parte, del texto del artículo 5º párrafo cuarto de la L.I.E., que se refiere a “los órganos de administración de la empresa” (terminología que sólo se aplica a sociedades, ya que de esos *órganos* carecen las empresas no societarias); por otra parte, del artículo 23 fracción ii, que sí habla de “sociedades mexicanas”, para referirse a las “empresas” de la fracción iv del artículo 2º y por último, también derivaría del capítulo III del R.R.I.E., artículo 17 a 19, que regula la “inscripción de las *sociedades mexicanas*, en cuyo capital participen inversionistas extranjeros” (y que utiliza una terminología igual a la de la fracción iv del artículo 2º: participación extranjera en el capital, no ya de empresas, sino de sociedades; lo que resulta técnicamente correcto).

No obstante, en contra de dicha interpretación restrictiva, cabe aducir: primero, que el texto mismo de la norma se refiere a empresas y no a sociedades; segundo, que restringir a sociedades el alcance de esa disposición, sería dejar fuera, como sujetos de la L.I.E., a fenómenos no societarios regulados en leyes mexicanas, como las mencionadas comunidades de bienes, las fundaciones, los patrimonios de afectación, lo que resulta contrario al propósito de la Ley, de regular toda la inversión extranjera (artículo 1º); tercero, que aun si se aplica el concepto jurídico de sociedades

en el sentido más amplio y genérico, resultarían excluidos ciertos negocios societarios como las asociaciones, la sociedad conyugal, los grupos de sociedades sin personalidad, las sociedades ocultas como suelen ser los consorcios, en todos los cuales, por no existir un capital social propiamente dicho, no opera la participación mayoritaria que establece el precepto; en cuarto lugar, por último, que si bien al párrafo cuarto del artículo 5º, que habla de órganos de administración de empresas, sí debe darse un alcance restringido a las sociedades, y que debe aceptarse, en consecuencia, que en dicha disposición sí se incurrió en un error muy común entre nosotros y en derecho extranjero, consistente en referirse a la empresa cuando sólo se alude a sociedades, no tiene por qué admitirse que en el mismo error se haya incurrido en la primera parte de la fracción iv del artículo 2º, y el hecho de que el artículo 23 fracción ii L.I.E., y el capítulo III, artículos 17 a 19 R.R.I.E., se refieran a sociedades, e impongan a éstas el deber de inscribirse en la R.I.E., no impide que existan empresas mexicanas no societarias, que sean sujetos de la I.E., y que escapen al régimen legal de publicidad, por lamentable y criticable que esto último sea.

Se trata, en efecto, de un sujeto de la I.E. aquel al que se refiere esta primera parte de la fracción iv, del artículo 2º, igual a los que comprenden las fracciones i y ii, según que el titular o empresario sea una sociedad, persona moral, o bien, un individuo, persona física, e igual a las “unidades económicas sin personalidad” que establece la fracción iii, cuando se trate de sujetos sin personalidad. En todo caso, el extranjero que invierta en esas “empresas”, debe ser cualquiera de los sujetos enumerados en las tres primeras fracciones; es decir, que la inversión mayoritaria en el capital o en el patrimonio de la empresa mexicana, tiene que hacerse por persona física o moral o U.E. sin personalidad, que sean extranjeras. Hay, pues, en la hipótesis de esta fracción iv, parte primera, dos clases de “inversión extranjera”, la de la empresa mexicana misma a la que contribuya en forma mayoritaria el “capital extranjero”, y la del extranjero que la efectúa en esa proporción mayoritaria. Niego, pues, ahora lo que sostuve en mi libro sobre Inversiones Extranjeras,³⁶ porque, aunque no siempre están sujetas a registro las empresas mexicanas de la fracción iv, y sólo lo estarían si son sociedades, sí deben considerarse como sujetos de I.E., y sí están sometidas a la limitación del capital y del patrimonio que fijan los artículos 5º párrafo segundo, y 8º L.I.E.

Se trata, además, de que el o los extranjeros inversionistas participen en forma mayoritaria en la empresa. Esta participación, si se trata de sociedades o asociaciones que sean titulares de la empresa, puede consistir en cualquier clase de derechos, o bien, en servicios (aportaciones de los socios) que, en aquel caso, integrarían el concepto social (suma de las obligaciones

³⁶ México, Porrúa, 1975, p. 37.

de dar de los socios) y que deben cuantificarse al tiempo de la inversión para efectos de precisar si constituyen o no una mayoría de capital; y si se trata de la negación, la participación consistiría en la transmisión de bienes o derechos a su patrimonio.

Si se trata de empresas que vayan a establecerse, rige la limitación del 49% del artículo 5º párrafo segundo; en cambio, si se trata de empresas ya establecidas, rigen las limitaciones del artículo 8º párrafo primero, y en ambos casos se prohíbe que el extranjero inversionista adquiera “la facultad de determinar el manejo de la empresa” (artículo 5º párrafo segundo, *in fine* y 8º párrafo segundo *in fine*).

Ahora bien, este sujeto inversionista debe ser una empresa mexicana con *participación mayoritaria extranjera* (más del 50% del capital o del patrimonio), o sea, que si la participación es minoritaria (como en el caso de empresas ya constituidas que indica el artículo 8º), no se estará en presencia de un sujeto de la Ley; es decir, de uno de los que enumera el artículo 2º, pero sí de una forma de I.E., a la que se le aplicaría la restricción del 25% a que se refiere dicha norma. Otras restricciones, que sólo operan frente a los sujetos de la L.I.E., como las de constituir nuevos establecimientos, realizar nuevas actividades, o elaborar nuevos productos (artículo 12 fracciones III y IV), no le serían aplicables a esas empresas con capital o con patrimonio minoritario extranjero (véase *infra*, número 54 a 58).

Se aplica también la norma (artículo 2º fracción IV) a las sociedades ocultas, a la sociedad conyugal (artículo 189 C. Civ.), a las asociaciones civiles con fines económicos, como las de profesionales (artículos 2682, 2683 y 2686 C. Civ.), a la A. en P. inclusive (artículos 252 y 257 L.S.M.), que sin tener un capital propio, ni existir aportaciones, tienen o pueden tener un patrimonio separado al que las partes contribuyan, y en el que en forma proporcional —salvo pacto en contrario— participen de las utilidades, de las pérdidas (artículos 190 C. Civ. y 16 y 258 L.S.M.), y de la cuota de liquidación (artículos 204, 2686 C. Civ. y 246 y 248 L.S.M.).

Igualmente, el precepto se aplica a casos de empresas propiamente dichas que funcionen a base de un patrimonio de afectación, en que uno o varios inversionistas extranjeros contribuyan con más del 50% de los activos, como pueden ser los casos de fideicomisos, empresas no societarias (cuyo titular sea un grupo de personas físicas o jurídicas), comunidades de bienes, como la copropiedad (artículos 946 y 947 C. Civ.), o el régimen de condominio (artículo 27 fracciones V y VI de la Ley sobre el régimen de propiedad en condominio de inmuebles para el D.F. —D.O. 28-II-72—), la empresa de navegación o la fortuna de mar (artículos 132 y 107 L.N. y C.M.).

En cambio, a diferencia de las U.E. extranjeras de la fracción III, que comprende tanto a sociedades y empresas sin personalidad, como a otros

fenómenos distintos (véase *supra* número 27), quedan excluidas de la aplicación de la fracción iv del artículo 2º que se analiza, figuras que no pueden constituirse, ni funcionar, como empresas o como sociedades, como serán los casos de la masa activa de la quiebra, de la herencia yacente, de las fundaciones y de las asociaciones que no tengan carácter preponderantemente económico (artículo 2670 C. Civ.). En todas ellas, se trata de una finalidad ajena a la empresa, al comercio y al lucro; en algunas (fundaciones y ciertas asociaciones), sus fines son humanitarios y asistenciales (artículo 2º Ley de Asistencia Privada para el D.F., D.O. 2/I/43), y en las primeras, se trata de procedimientos de liquidación y de adjudicación de bienes a los acreedores y a los herederos, en las que, además, no hay propiamente una participación mayoritaria de capital; pero, aun habiendo contribuciones o aportaciones mayoritarias de extranjeros, esas instituciones, por no ser empresas desde el punto de vista jurídico, no quedarían comprendidas en el precepto que examinamos. Si de la herencia yacente (véase artículo 556 C. Civ.), o de la masa activa de la quiebra (artículos 204, 208, etcétera, L.Q.), forma parte una negociación, y el adquirente (heredero, legatario o acreedor) es un inversionista extranjero, sí se puede configurar una I.E., por aplicación de la segunda parte de la fracción iv del artículo 2º y del segundo párrafo del artículo 8º (que el extranjero obtenga la facultad de determinar el manejo de la “empresa”), que también se aplicarían en casos de sociedades conyugales, fundaciones, etcétera.

29. *La inversión extranjera como forma y como medio de control de empresas mexicanas*

La facultad de determinar el manejo de una empresa (mexicana), que corresponda, o que se atribuya a un extranjero (o a una empresa mexicana con capital mayoritario extranjero), constituye una forma de I.E. Ahora bien, cuando esa facultad se ejerce por una persona (física o moral), debemos considerar a ésta como otro de los sujetos de la I.E. que establece el artículo 2º L.I.E. Esa facultad del extranjero, en efecto, puede no ejercerse directamente, a través de un representante o de un gestor, sino indirectamente, a través, por ejemplo, de contratos celebrados por la empresa o sociedad mexicana, con otra extranjera, a virtud de los cuales ésta controle a aquélla; o el control puede también derivar de cláusulas contractuales (*vgr.*, de no competencia, de exclusividad, de limitación del voto, etcétera), de convenios en el sentido más amplio, por ejemplo, los llamados contratos parasociales, ajenos pero conexos o accesorios al contrato de sociedad, por los cuales se otorgue el control al extranjero —socio o acreedor—, o el que se celebre con el socio mexicano para que se abstenga de votar, etcétera. Pues bien, a estas formas de control no nos referimos ahora, y

sí, en cambio, a esos otros sujetos del artículo 2º, a través de los cuales (sujetos de interposición gestora) un extranjero controle una sociedad o una negociación mexicana. Pero, se debe analizar esta norma:

a) El precepto se refiere a “extranjeros”. Este término comprende a cualquiera de los sujetos del artículo 2º, es decir, tanto a las personas físicas o morales de las fracciones I y II, como a las U.E. de la fracción III, e inclusive, a las “empresas” de la primera parte de la fracción IV, porque, como ya dijimos, a pesar de ser “mexicanas”, el artículo 2º las califica como “inversiones extranjeras”; en cambio, no comprende, porque la inversión de ellos se equipara a la mexicana, a los extranjeros inmigrados, a que alude el artículo 6º L.I.E., salvo que “por razón de su actividad se encuentren vinculados con centros de decisión económica del exterior”. La norma, pues, interpretada literalmente, peca de exceso y de defecto: ni todos los extranjeros ni sólo los extranjeros.

La aplicación de esta disposición que analizamos a las empresas mexicanas a que alude su primera parte (es decir, que para los efectos de la norma estas empresas se consideran como extranjeras), se impone por un criterio lógico: iría, en efecto, en contra de la *ratio-legis*, que una empresa mexicana pudiera ser válidamente controlada por uno de los sujetos que establece el artículo 2º (por la empresa mexicana en la que participe mayoritariamente capital extranjero), cuando se prohíbe que lo esté por los otros que la misma norma comprende; como también iría en contra de la intención de la L.I.E. que se prohibiera el control de empresas mexicanas por extranjeros, y no por empresas controladas a su vez por extranjeros, aun cuando éstas se constituyeran en México.

Pero, no sólo se llega a esa conclusión por una interpretación lógica que tenga en cuenta la intención de la Ley, también por una interpretación por mayoría de razón del artículo 5º párrafo segundo de la propia L.I.E. Esta norma, en efecto, limita al 49% del capital la participación de la I.E., en sociedades y empresas que se constituyan, y respecto a dicha participación *minoritaria*, repite literalmente la prohibición de control del artículo 2º fracción IV. Si, pues, ese control se prohíbe en empresas en que la I.E. es minoritaria, con mayor razón debe prohibirse en aquellas en que sea mayoritaria. Y no sería argumento válido aducir que la prohibición del control del artículo 5º se justifica, precisamente, porque la inversión es minoritaria, pero que no se justificaría (o en todo caso, que dicha prohibición de control no se impondría lógicamente o por mayoría de razón) en las empresas mexicanas en que una inversión extranjera es mayoritaria; esto no sería válido, porque esa forma de control, la facultad de determinar el manejo de una empresa, es una “inversión extranjera” (según el texto del artículo 2º) y como tal, es la misma forma a que se refiere el artículo 5º párrafo segundo; si, pues, dicha I.E. se prohíbe respecto a empresas o sociedades en que la participación minoritaria excluiría normalmente que

ella adquiriera el control de la sociedad, con mayor razón debe excluirse en la hipótesis de la fracción IV que se analiza, en que la participación en el capital es mayoritario y, por ende, a través de ella la I.E. controlaría la empresa.

b) Por otra parte, la norma prevé que corresponda al extranjero “la facultad de *determinar el manejo* de la empresa”. Esta expresión implica que el inversionista extranjero tenga el control de la empresa. Es decir, que pueda imponer a la sociedad o empresa mexicana las reglas que deba seguir, para su organización y funcionamiento, tanto internamente, o sea, respecto al personal de la negociación (funcionarios, empleados, trabajadores), a través de contratos individuales de trabajo o de prestación de servicios, respecto a la composición e integración de su patrimonio (hacienda) y al destino de los bienes y derechos que la constituyan; como externamente, en cuanto a la celebración de actos y negocios con terceros.

c) Se trataría, además, de una *facultad* del extranjero; es decir, de un derecho subjetivo que le pudiera corresponder —a virtud de cualquier título— para ejercer el control de la empresa, si no existiera la prohibición del precepto, es decir, la prohibición del derecho objetivo consistente en que el extranjero no puede, por título alguno (salvo acuerdo de la CNIE), determinar el manejo de la negociación. La facultad, por tanto, que pueda tener la I.E. de manejar la empresa, sólo existe jurídicamente cuando la conceda la CNIE de manera especial, o a virtud de una resolución general que permitiera, por ejemplo, que la inversión foránea en el capital fuera mayoritaria, o totalitaria, como en el caso de las compañías “maquiladoras”, según la Resolución General número 1. También se da esta (otra) forma de I.E. en sociedades mexicanas con capital mayoritario o total extranjero, que se hubieran constituido con anterioridad a la vigencia de la L.I.E.

Salvo estos casos, no correspondería al extranjero una facultad jurídica, propiamente, porque su ejercicio sería ilícito; se trataría de un poder, de una mera posibilidad que el ordenamiento veda.

ch) Se refiere el precepto a “*cualquier título*”, expresión muy amplia en la que caben cualesquiera actos y supuestos jurídicos, tanto negocios voluntarios (actos y contratos), como eventos naturales (hechos jurídicos en sentido estricto). En otras palabras, el control de la empresa puede concederse a través de un convenio (*vgr.*, contrato de comisión, o de sindicación de acciones,³⁷ o de un acto unilateral (poder, nombramiento de administrador o de gerente); o bien, puede obtenerse a virtud de la absten-

³⁷ *Vgr.*, entre el 49% extranjero y equis por ciento mexicano, para predisponer acuerdos; a este respecto, véase Oppo, Giorgio, *Contratti Parasociali*, Milán, 1942, p. 117.

ción del inversionista mexicano que acarree el control por el extranjero, ya sea porque dicha obligación de no hacer derive, a su vez, de un contrato (*vgr.*, de no competir, de exclusiva, de no exportar), o por la mera aquiescencia del representante de una sociedad (*vgr.*, su administrador o su gerente general) con las directrices que señale el socio extranjero minoritario, y con mayor razón si es mayoritario.

Resulta dudoso, sin embargo, si la mera abstención del inversionista mexicano, o la mera complacencia con los intereses del inversionista extranjero, del órgano de administración o de los representantes de una sociedad, sin que una u otra se basen en acuerdos, tácitos o expresos (actos y negocios jurídicos) con el extranjero, constituyan los *títulos* (o supuestos legales) a que se refiere la disposición que examinamos. Es dudoso, pero debe afirmarse que esa actitud abstencionista de la inversión mexicana, casi siempre se basaría en acuerdos y convenios privados y ocultos, difíciles de probar consecuentemente. Se conocerían por sus efectos: el control de la empresa que tenga el extranjero, lo que sí puede resultar evidente. Debe presumirse, por ende, la existencia de un acuerdo (título jurídico), siempre que un extranjero (un interés extranjero), maneje habitual o permanentemente la empresa, y quedará a cargo de ésta probar que dicho control corresponde a los inversionistas mexicanos, o que ambos grupos lo comparten (véase *infra* inciso d), o que la abstención del mexicano resulte ajena a todo pacto o compromiso con el extranjero.

d) La disposición de la fracción iv del artículo 2º que se examina se refiere a *empresas*, por lo que, al parecer, si no se trata de ellas (societarias o no societarias), sino de fenómenos o instituciones distintas, como las fundaciones, la herencia yacente, la masa activa de la quiebra, las comunidades, copropiedades o condominios, no se aplicaría: y no sólo en estos casos dejaría de aplicarse al constituirse esos fenómenos (artículo 5º párrafo segundo), sino también respecto a los ya constituidos (artículo 8º párrafo segundo), dado que estas dos últimas normas repiten la fórmula: determinar el manejo de la *empresa*. Pues bien, también aquí se impone una interpretación más amplia, como en el caso de la palabra extranjeros a que nos referimos en el inciso a) *supra*. El término empresas comprende a sociedades y a figuras que constituirían una *unidad económica*, como serían los supuestos indicados. Cuando su control, directa o indirectamente, recayese en un extranjero, estaríamos ante la forma de I.E., a que se refiere el precepto.

e) El principio que examinamos considera como I.E., la facultad que se conceda a un extranjero de determinar el manejo de la empresa; pero, de tal norma no se desprende que el manejo tenga que corresponder solamente a la inversión mexicana, porque puede darse el caso —y yo diría que es el más frecuente— de que la administración y el gobierno de una sociedad y de una negociación se compartan por los dos grupos; que exista entre ambos un convenio, expreso o tácito, consistente en que los actos de ad-

ministración y de representación tengan que ser decididos por el voto o el acuerdo de los dos grupos. ¿Cómo puede ser esto, si según la Ley, la I.E. tiene que ser minoritaria tanto en el capital social como en la administración (artículo 5º párrafo cuarto)? Solamente a virtud de un pacto, que puede celebrarse entre los socios y, consecuentemente, no formar parte del contrato social (pacto parasocial);³⁸ o bien, mediante el llamado “derecho de veto”, que se incluya en la escritura, para que ciertos acuerdos de la junta o asamblea de socios o accionistas, o del órgano (plural) de administración, requieran para ser válidos el ser adoptados por el voto conjunto de los inversionistas mexicanos y extranjeros. En *infra* número 44 analizamos la validez, las manifestaciones y el alcance de ese derecho de veto.

f) Los sujetos a través de los cuales los extranjeros controlen las empresas mexicanas, pueden ser personas físicas, o bien, personas morales (que, a su vez, como es obvio, ejercerán los actos de control por medio de personas físicas). En cambio, como queda dicho, el control mismo puede derivar de distintos “títulos”: voluntarios o naturales. Pues bien, dado que la norma, al considerar este control como una forma de I.E., prohíbe que lo tengan extranjeros, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario (artículo 5º párrafo segundo *in fine*), o autorización especial de la CNIE (artículos 8º párrafos segundo y tercero y 12 fracción ix), es frecuente que para burlar la disposición se acuda a personas que no parezcan estar sometidas a un inversionista extranjero, aunque en realidad sí lo estén y finjan que actúan independientemente de éste, o sometidos a la inversión mexicana, o sujetos por igual a ambos grupos, el nacional y el extranjero. Cuando ello suceda, estaremos en presencia de una simulación fraudulenta, que permitiría que en cualquiera de los supuestos del artículo 2º, la I.E. tuviera el manejo de una empresa mexicana. Esta simulación está tipificada como un delito por el artículo 31 L.I.E., que lo sanciona con “prisión hasta de nueve años y multa hasta de cincuenta mil pesos”.

Esta última norma, establece como supuesto objetivo del delito, que alguien simule un “acto que permita el goce o disposición de hechos... de bienes o derechos reservados a los mexicanos, o cuya adquisición estuviera sujeta a... autorizaciones que no se hubieren obtenido”. Pues bien, el control de una empresa —la facultad de determinar su manejo— no es un derecho que la L.I.E. (o el R.R.I.E.) reserve a mexicanos (como ya hemos dicho), pero sí, en cambio, es un derecho cuya atribución al inversionista extranjero está sujeto a autorizaciones, las que, de no obtenerse, pueden configurar la especie delictiva.

El acto simulado puede ser el nombramiento de representante por una

³⁸ Estos pactos, dice Oppo, p. 128: “dan lugar a vínculos que los socios como tales, asumen, sustituyéndose a la competencia de los órganos sociales, e invadiendo la esfera de competencia con una disposición abusiva de derechos y de facultades de los que la sociedad es titular exclusiva”.

sociedad con inversión extranjera, en favor de una persona que aparentemente no esté sometida a las instrucciones de ésta, aunque en la realidad así sea (ex-artículos 2180 y 2181 C. Civ.; en el caso, se trataría evidentemente de una simulación relativa), porque ese representante social (órgano de administración, gerente, apoderado) reciba y acate instrucciones del extranjero respecto “al manejo de la empresa”, en cualquier forma —título— en que ellas se le den. El representante social, al seguir las instrucciones del socio extranjero (minoritario o mayoritario), salvo autorización de la CNIE estaría actuando como prestanombre de éste, como representante indirecto del interés extranjero, lo cual se oculta y se “declara” falsamente que la persona sólo es representante de la sociedad. Puede también consistir el acto simulado en un pacto, más o menos oculto, celebrado entre los dos grupos de inversionistas, o entre la empresa misma y el sujeto de la I.E., a virtud del cual éste sea el que gobierne a la negociación. Tal pacto, puede depender de una estipulación en un contrato (*vgr.*, de transferencia de tecnología, de distribución de productos o servicios, de explotación de patentes o de uso de marca, de suministro de materias primas, etcétera), o bien, consistir en una facultad concedida al inversionista extranjero, en el contrato. En estos casos, se ocultaría (y se falsearía) la dependencia que derive del contrato a favor del extranjero;³⁹ y se cumplirían los supuestos del artículo 31.

30. *El caso del fideicomiso*

Como antes se indicó (*supra* número 24), los fideicomisos a que se refiere la L.I.E. (artículos 18 y 23 fracción III), el R.R.I.E. (artículos 22 y ss.), y la R.G. número 9 dictada por la CNIE, plantean el supuesto de un sujeto de una I.E., que no está comprendido en el artículo 2º de la Ley, en cuanto que se trata de una persona moral mexicana (sociedad anónima), como es la fiduciaria, en la que, además, los inversionistas extranjeros (o sea, cualquiera de los sujetos de esta última disposición), no tienen mayoría del capital social, ya que si se constituyeran *ab-initio* estarían regidas por la limitación del 49% del capital social del artículo 5º párrafo segundo, y si las sociedades ya estuvieran constituidas, la limitación sería del 25% (artículo 8º primer párrafo). Si se tratara de instituciones bancarias establecidas con anterioridad a la vigencia de la L.I.E., sólo hay una extranjera, el National City Bank, pero ella no puede actuar como fiduciaria.

Podría pensarse que a virtud de las adiciones que se introdujeron a la L.I.C. en 1965 (D.O. 30-XII-65) y en 1979 (D.O. 27-II-79), respectiva-

³⁹ Con mayor amplitud y en forma especial, trato el supuesto delictivo del artículo 31, en *infra*, núm. 64.

mente en las fracciones II bis y IV bis, de su artículo 8º, las instituciones de crédito, todas, incluyendo las fiduciarias, están sujetas en cuanto a la participación de la I.E. en su capital social, a restricciones mayores que las que derivan de dichos artículos 5º y 8º de la L.I.E. Sin embargo, esto sólo es cierto en cuanto que, primero, ninguna participación pueden tener en el capital social “los gobiernos o dependencias oficiales extranjeros, entidades financieras del exterior, o agrupaciones de personas extranjeras físicas o morales”, y segundo, que “ninguna persona física o moral (mexicana o extranjera), podrá ser propietaria de más del 15% del capital pagado de una institución de crédito”.

Pero ninguna de estas disposiciones de la L.I.C., prohíbe que sujetos extranjeros distintos a los indicados en la fracción II bis del artículo 8º, o sea, personas físicas, personas morales o unidades económicas, y con mayor razón las empresas mexicanas que indica la fracción IV del artículo 2º L.I.E., adquieran acciones de bancos mexicanos, con tal de que, cada uno de ellos, no adquiera más del 15% del capital de la sociedad respectiva, y de que el número total de las acciones que adquieran todos los sujetos de la I.E., no exceda del 25% del capital, como lo señala el artículo 8º L.I.E.

El fideicomiso, por lo demás, pese a que dé lugar a la formación de un patrimonio separado, autónomo y de afectación, carece de personalidad. No es él, pues, el sujeto de la I.E., sino su titular, o sea, la institución fiduciaria; tampoco se trata de una de las U.E. a que se refiere la fracción III del artículo 2º, porque ellas deben ser extranjeras. Rigurosamente, además, este negocio tampoco daría lugar a la modalidad de I.E. consistente en obtener el manejo de una empresa mexicana, porque ni el fideicomiso, ni el patrimonio fideicomitado constituyen una negociación o empresa. De aquél, pueden formar parte empresas, como también una negociación puede aportarse a una sociedad; pero, ni ésta ni el fideicomiso son empresas.

Ahora bien, un inversionista extranjero sí puede controlar o manejar el patrimonio objeto del fideicomiso, ya sea que como fideicomitente, al transmitir los bienes o derechos a la fiduciaria, se reserve las facultades de administración; o que como fideicomisario se le atribuya el control; o, finalmente, porque recaiga en él o en un prestanombre de él, el cargo de “funcionario”, o el manejo del “comité técnico o de distribución de fondos” a que se refiere el artículo 45 fracción IV de la L.I.C. En cualquiera de estos casos se daría el fenómeno de control a que repetidamente se refiere la L.I.E. (artículos 2º fracción IV, parte segunda; 5º párrafo segundo y 8º párrafo segundo), para prohibir que recaiga en su inversionista extranjero; e iría en contra de la lógica y del espíritu de la Ley, que se excluyera la aplicación de ese principio al caso que examinamos, por no ser empresa el patrimonio fideicomitado. No lo es tampoco la sociedad mercantil o civil, y sin

embargo, es obvio que la prohibición de su control por extranjeros se aplica a toda clase de sociedades.

Además, pretender que el sistema de regulación de la I.E. no se aplicara al fideicomiso y a los bienes y derechos que constituyen su objeto, significaría burlar ese sistema de regulación y de control, porque a través de dicho negocio se podrían realizar prácticamente todas las operaciones materia de la Ley.⁴⁰

La conclusión es, pues, primero, que los fideicomisos en que la I.E. participa como fideicomitente, como fideicomisaria, o a través del control directo o indirecto del patrimonio, son normalmente operaciones de las comprendidas en la Ley (artículo 2º *in fine*), y segundo, que las instituciones fiduciarias, o sea, los bancos autorizados al efecto, constituyen uno más de los sujetos de la L.I.E., en aquellos negocios en que participe uno de ellos. (Una referencia más amplia al fideicomiso como negocio de la I.E., en *infra* núm. 37).

⁴⁰ “Con anterioridad a la vigencia de la L.I.E., el ejecutivo federal dictó un Acuerdo que autorizaba a la S.R.E. para conceder permiso a las instituciones nacionales (y también a las privadas, artículo 2º) de crédito, para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas, en fronteras y costas” (D.O. del 30-IV-71). En este acuerdo, del que se copiaron casi literalmente los artículos 18 y 22 de la Ley, se señalaba “que es conveniente eliminar los diversos subterfugios que se han venido utilizando para transgredir la prohibición constitucional de que los extranjeros adquieran el dominio directo de tierras y aguas en las zonas prohibidas...” y además, que “se había venido utilizando el fideicomiso con distintas modalidades para permitir a los extranjeros la utilización y el aprovechamiento de bienes inmuebles en las zonas fronterizas y costeras, sin que hasta el presente se hubiera integrado una política definida para establecer los límites y las condiciones sin autorización”. *Cfr.*, Cadena, Efrén, *Exégesis de las relaciones generales de la CNIE*, tesis aún inédita, p. 50.